

# El Estándar de Interpretación Aplicable al Consentimiento y a su Revocatoria en el Arbitraje de Inversiones

*\*Andrés A. Mezgravis*

## Sumario

1. Introducción. 2. Implicaciones prácticas. 3. Diferentes puntos de vista: 3.1 Oferta revocable; 3.2 Oferta firme; 3.3 Obligación internacional derivada de un acto unilateral del Estado. 4. Naturaleza, sentido y alcance del consentimiento del Estado: 4.1 Autonomía e independencia del acuerdo de arbitraje; 4.2 La documentación del consentimiento no desvirtúa su naturaleza contractual; 4.3 ¿Falsa analogía contractual? 5. Interpretación del consentimiento: 5.1 Reglas mixtas; 5.2 Reglas contractuales. 6. La irrevocabilidad de la oferta de arbitraje como consecuencia de las expectativas legítimas creadas en los inversionistas: 6.1 La denuncia del Convenio CIADI; 6.2 La denuncia de un TBI; 6.3 La revocatoria de la oferta de arbitraje contenida en una ley. 7. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

Es ampliamente conocido, y así lo advierte expresamente el preámbulo del Convenio CIADI,<sup>1</sup> que la mera ratificación,

1. Conocida también como "Convención de Washington" o "*ICSID Convention*" en inglés, la cual entró en vigencia el 14 de octubre de 1966, con la ratificación de 20 Estados. Hasta el 7 de enero de 2010, 144 Estados han ratificado esta Convención.

aceptación o aprobación de este Convenio no constituye una obligación por parte de los Estados de someter diferencia alguna a conciliación o a arbitraje. El consentimiento por parte del Estado al arbitraje CIADI no es automático, sino que depende de una ulterior manifestación escrita de voluntad.<sup>2</sup>

El Informe de los Directores Ejecutivos del Convenio CIADI establece que el consentimiento escrito de las partes no necesariamente debe constar en un mismo instrumento.<sup>3</sup> También aclara dicho informe que el Estado puede ofrecer su consentimiento en su legislación de promoción de inversiones y el inversionista, por su parte, puede manifestar el suyo mediante la aceptación de dicha oferta de arbitraje.<sup>4</sup>

A partir de la década de los años 90, y con la proliferación de más de 2.600 Tratados Bilaterales de Inversiones ("TBIs"),<sup>5</sup> la oferta abierta de arbitraje contenida en los TBIs se ha convertido en la forma más común en que los Estados manifiestan su consentimiento al arbitraje de inversiones.<sup>6</sup>

Hasta hace apenas unos años, la naturaleza y alcance del consentimiento *unilateral* del Estado y su eventual revocatoria sólo parecían tener una importancia académica. Sin embargo, en mayo de 2007, Bolivia se convierte en el primer Estado en la historia del Convenio CIADI que lo denuncia,<sup>7</sup> seguido, dos años más tarde, por Ecuador.<sup>8</sup>

2. Aunque el consentimiento de las partes constituye un requisito previo esencial para la jurisdicción del CIADI, el mero consentimiento no es suficiente. Se exigen también requisitos "*ratione materiae*", "*ratione personae*" e incluso "*ratione temporis*". *Ibidem* ¶ 25. Véase también MEZGRAVIS, Andrés, "Las Inversiones petroleras y el arbitraje CIADI", Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 18, Caracas 2005, pp. 374 y ss.
3. Véase Informe de los Directores Ejecutivos, <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partB-section05.htm#02> párrafo 24.
4. *Ibidem*.
5. Al respecto, <http://www.investmenttreatynews.org/>
6. PAULSSON, Jan. "Arbitration Without Privity". En: ICSID Review, Vol. 10, Number 2, Fall 1995.
7. En esa misma época los Presidentes de Venezuela y Nicaragua, atendiendo el llamado que les hacía el Presidente de Bolivia como miembros del ALBA, amenazaron con retirarse del CIADI. No obstante, Venezuela sólo optó por notificar el 30 de abril de 2008 la terminación del TBI con el Reino de los Países Bajos, la cual se hizo efectiva a partir del 1 de noviembre de 2008. De conformidad con el artículo 14(3) de ese TBI, su duración se extendió por 15 años para las inversiones realizadas antes de la fecha de la terminación. Cabe destacar que Venezuela ha ratificado más de 20 TBIs que contem-

A raíz de la denuncia de Bolivia, se han publicado diversas opiniones sobre la interpretación del artículo 72 de dicho Convenio, el cual regula los efectos del “consentimiento” a la jurisdicción del CIADI manifestado antes de que la denuncia del Convenio se haga efectiva.<sup>9</sup>

En algunos de esos trabajos se pueden apreciar importantes discrepancias en torno a la naturaleza, alcance y efectos del consentimiento unilateral del Estado.

Por otra parte, las decisiones de los Tribunales CIADI no han sido uniformes en cuanto al estándar de interpretación del consentimiento. Algunos tribunales han combinado los criterios de interpretación de los *tratados* con los criterios de interpretación de las *leyes domésticas*.

Semejante metodología mixta de interpretación pareciera omitir algo que en nuestro criterio es fundamental. Al igual que en los arbitrajes comerciales, en los arbitrajes de inversiones el acuerdo de arbitraje también configura un *contrato* que es autónomo e independiente del instrumento que lo contiene. Es por ello que consideramos que el acuerdo de arbitraje, conforme a su propia naturaleza que no cambia porque se refiera a un arbitra-

---

plan el arbitraje CIADI como mecanismo de resolución de controversias, algunos de ellos ratificados por el propio Presidente Chávez. En el reciente TBI celebrado entre Venezuela y Rusia se optó por el arbitraje conforme a las reglas de UNCITRAL o conforme a las reglas del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Véase Gaceta Oficial N° 39.191, del 2 de junio de 2009. Asimismo, MEZGRAVIS Andrés, “Expropiaciones, Nacionalizaciones y el Derecho Internacional”. En *Ámbito Jurídico*, julio de 2009, p. 12.

8. Ecuador notificó su denuncia el 6 de julio de 2009, la cual, de conformidad con el artículo 71 del Convenio, produjo efecto seis meses después de su recibo, es decir el 7 de enero de 2010. Cabe advertir que ya el 4 de diciembre de 2007, Ecuador, de conformidad con el artículo 25(4), había retirado su consentimiento de someter a la jurisdicción del CIADI las controversias relativas al aprovechamiento de recursos naturales, tales como petróleo, gas, minerales y otros.
9. De conformidad con el artículo 71: “*Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación*”. (Énfasis nuestro). Por su parte, el artículo 72 establece: “*Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de las nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario*”. (Énfasis nuestro)

je de inversiones, debe ser interpretado según los principios internacionales de interpretación de los contratos.

## 2. IMPLICACIONES PRÁCTICAS

La importancia del estudio de la naturaleza y alcance del consentimiento unilateral del Estado al arbitraje de inversiones, así como su eventual revocatoria, ha ido paulatinamente adquiriendo mayor relevancia. Estados como Jamaica, Egipto, Túnez y Kazajstán modificaron o revocaron sus ofertas de arbitraje contenidas en sus leyes nacionales. A las denuncias del Convenio CIADI por parte de Bolivia y de Ecuador antes mencionadas se suman las amenazas de estos mismos Estados de denunciar o revisar los TBIs celebrados.<sup>10</sup> De allí que surge la interrogante respecto al acceso a la jurisdicción del CIADI en los casos en que los inversionistas, si bien no habían aceptado la oferta de arbitraje para la fecha de la correspondiente reforma legal, o la fecha de la notificación de la respectiva denuncia, sí habían realizado sus inversiones con anterioridad a dichos eventos.<sup>11</sup>

Por otra parte, está el caso de Venezuela, que si bien no ha denunciado hasta ahora el Convenio CIADI, su Tribunal Supremo de Justicia, en una controvertida decisión de su Sala Constitucional (N° 1541) del 17 de octubre de 2008,<sup>12</sup> declaró

10. En efecto, el 8 de mayo de 2007, el Embajador de Bolivia para Asuntos de Comercio e Integración anunció que el siguiente paso sería revisar y renegociar cada uno de los 24 TBIs ratificados por Bolivia. <http://www.rebellion.org/noticias/2007/5/50729.pdf> Al parecer, 19 de los 24 TBIs reconocen al CIADI como instancia arbitral válida para resolver controversias entre el Estado Boliviano y los inversionistas. Por su parte, el Presidente Correa, de Ecuador, manifestó públicamente su voluntad de denunciar todos los TBIs, pero luego presentó una solicitud al Presidente de la Asamblea Nacional en la que sólo exhortaba la denuncia de los TBIs con Alemania, Francia, Finlandia, Suecia, Canadá, China, Inglaterra e Irlanda, Holanda, Argentina, Chile, Venezuela, Suiza y Estados Unidos. <http://www.kaosenlared.net/noticia/nuevo-acto-soberania-ecuador-denuncia-ciadi>. CORONEL, César. "The Future on international arbitration in Ecuador: the boomerang effect". En: *Arbitration News*, IBA, Vol. 15, N° 1, March 2010, pp. 171 y ss.

11. MEZGRAVIS, Andrés. "Expropiaciones, Nacionalizaciones y el Derecho Internacional". En *Ámbito Jurídico*, julio de 2009, p. 12.

12. Esta decisión contó con el voto salvado de uno de los magistrados. Comentarios favorables sobre el aporte de esta sentencia al arbitraje *comercial* pueden verse en ANZOOLA, Eloy, "Luces desde Venezuela: la administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado", EN: *Revista Española de Arbitraje*, 2009.

que el artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones venezolana de 1999 (“Ley de Inversiones”)<sup>13</sup> no contenía una oferta abierta de arbitraje, pues ésta, a su juicio, debe ser clara e inequívoca.<sup>14</sup> Sobre el particular, la doctrina mayoritaria se ha pronunciado a favor de la tesis de que el referido artículo 22 sí configura una oferta abierta de arbitraje.<sup>15</sup> Varios casos actualmente pendientes contra Venezuela tienen que pronunciarse sobre este asunto. Ya el Tribunal Arbitral en el caso *Mobil Corporation v. Venezuela* consideró que dicho artículo no configuraba dicha oferta, pero reconoció las enormes dificultades que han tenido los tribunales CIADI al precisar el estándar de interpretación aplicable al consentimiento del Estado contenido en una legislación nacional o en algún otro acto unilateral del Estado.<sup>16</sup>

13. Decreto-Ley No. 356 de fecha 3 de octubre de 1999, Gaceta Oficial N° Ext. 5.390.
14. Similar situación ocurrió con la *República Kirguisa*, cuando *Petrobart* inició un arbitraje UNCTRAL contra su gobierno y éste tres meses después promulgó una Ley de Interpretación de las Inversiones Extranjeras y solicitó a sus cortes judiciales declarar que *Petrobart* no había realizado una inversión en dicho país. Para un resumen de este caso véase RIPINSKY, Sergey y WILLIAMS, Kevin. En: [http://www.biiicl.org/files/3912\\_2005\\_petrobart\\_v\\_kyrgyz\\_republic.pdf](http://www.biiicl.org/files/3912_2005_petrobart_v_kyrgyz_republic.pdf)
15. A favor de que el artículo 22 de la Ley de Inversiones venezolana contiene una oferta abierta de arbitraje: WERNER L. CORRALES, MARTA RIVERA, *Algunas Ideas Sobre El Nuevo Régimen De Promoción y Protección De Inversiones en Venezuela*, en *La OMC Como Espacio Normativo Un Reto Para Venezuela*, 2000. Cabe advertir que CORRALES fue uno de los proyectistas de la referida ley. Adicionalmente, ÁLVAREZ ÁVILA, Gabriela; *Las características del arbitraje CIADI*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Volumen 2, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 212. NOTA 23. MEZGRAVIS, Andrés, *Las Inversiones Petroleras en Venezuela y El Arbitraje ante el CIADI*, en *Arbitraje Comercial Interno e Internacional – Reflexiones Teóricas y Experiencias Prácticas*, 2005. LEMENEZ, Guillaume, *State Consent to ICSID Arbitration: Article 22 of the Venezuelan Investment Law*, 4 TMD, June 2007. Issue 3, en 6, 8; M.D NOLAN and F.G SOURGENS, *the Interplay between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study*, TDM, Septiembre 2007, p. 49. HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, *Protección de Inversiones en Venezuela*, DeCITA, 2005, pp. 283-84; BREWER-CARLAS, Allan, *Algunos Comentarios a la Ley de Promoción y Protección de Inversiones: Contratos Públicos y Jurisdicción*. En: *Arbitraje Comercial Interno e Internacional - Reflexiones Teóricas y Experiencias Prácticas* 279, 2005; MUCI, José Antonio, *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión*, 2007, pp. 213-15; TORREALBA, J. G., *La Promoción y Protección de las Inversiones Extranjeras*, 2008, p. 127. TEJERA, V. “Do Municipal Investment Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate? The Venezuelan Investment Law: A Case Study”, 2009, p. 101. En contra, aparte de la controvertida sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela N° 1541 del 17 de octubre de 2008, GARCÍA BOLÍVAR, Omar, en OGEMID; ANZOLA, Eloy, “Luces desde Venezuela: la administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado”, En: *Revista Española de Arbitraje*, 2009. Igualmente WEININGER, Bernardo en conferencia del CEDCA, Caracas, 2009 <http://www.ciere.org/CIERC>.
16. *Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/27), Decision on Jurisdiction (June 10, 2010), paras. 76-77 y 84.

La determinación del estándar de interpretación tiene trascendentales consecuencias. Aplicar a los acuerdos de arbitraje CIADI las reglas de interpretación contractuales podría generar conclusiones muy diversas a las que se llegaría, por ejemplo, si se aplican los principios de interpretación de las leyes, o de los tratados, o las reglas de interpretación de los actos unilaterales.

### 3. DIFERENTES PUNTOS DE VISTA

Mayoritariamente la jurisprudencia del CIADI ha distinguido entre la ley aplicable al mérito de la controversia y la ley aplicable al acuerdo de arbitraje para determinar la jurisdicción CIADI. Los tribunales arbitrales CIADI han reconocido en numerosos laudos que los asuntos de jurisdicción no están regulados por el artículo 42 del Convenio CIADI que establece la ley aplicable (la del Estado demandado) al mérito de la controversia, sino por el derecho internacional (artículo 25 del Convenio CIADI).<sup>17</sup>

También existe consenso en cuanto a que los Tribunales CIADI, de conformidad con el Artículo 41(1) del Convenio CIADI, son "jueces de su propia competencia" y, por tanto, cualquier interpretación soberana de cada Estado de su propio consentimiento unilateral a la jurisdicción de un tribunal internacional no es vinculante para dicho tribunal ni determinante sobre las cuestiones jurisdiccionales.<sup>18</sup>

17. SCHREUER, with MALINTOPPI; REINISCH and SINCLAIR, *Ob. cit.*, párrafo 578, pp. 248 y 249. En cuanto a decisiones, véase: *CSOB v. Slovakia*, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, 5 ICSID Reports 330, para. 35. *CMS v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 17 July 2003, paras. 42, 88; *CMS v. Argentina*, Decision on Annulment, 25 September 2007, para. 68; *Azurix v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 8 December 2003, paras. 48-50; *Enron v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004, para. 38; *Siemens v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004, paras. 29-31; *Camuzzi v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 11 May 2005, paras. 15-17, 57; *Sempra v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 11 May 2005, paras. 25-27; *AES Corp. v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 26 April 2005, paras. 34-39; *Jan de Nul N.V., Dredging Intl. N.V. v. Egypt*, Decision on Jurisdiction, 16 June 2006, paras. 65-68, para. 82; *Saipem v. Bangladesh*, Decision on Jurisdiction, 21 March 2007, paras. 68, 78, 82; *Noble Energy & Machalalpower v. Ecuador*, Decision on Jurisdiction, 5 March 2008, paras. 56-57.

18. *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Second Decision on Jurisdiction (14 April 1988), 3 ICSID Reports 131 (1995), at § 60 (SPP v. Egypt), *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award (2 August 2006), § 212-22. *Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela*

Sin embargo, diferentes teorías han surgido en torno a la naturaleza, sentido y alcance del consentimiento al arbitraje CIADI. A continuación un resumen de ellas:

### 3.1 Oferta revocable

El profesor Schreuer, bajo una óptica netamente contractual (*oferta-aceptación*) no le otorga mayores efectos a la “oferta” que no ha sido aceptada. Concretamente el profesor Schreuer, al referirse a la interpretación del artículo 72 del Convenio CIADI relativo a los efectos que conserva el consentimiento otorgado antes de la denuncia de dicho tratado, señala que al igual que sucede con las formación de los contratos, la irrevocabilidad del consentimiento al arbitraje sólo ocurre una vez que la oferta ha sido aceptada y el “consentimiento” se ha perfeccionado.<sup>19</sup> Conforme a esta doctrina, la oferta de arbitraje puede ser revocada en cualquier momento antes de su aceptación y por ello se recomienda que el inversor acepte dicha oferta lo más pronto posible, incluso antes de surgir la disputa.<sup>20</sup>

En contra de esta tesis se ha sostenido que el uso de la analogía contractual conduce a la errónea conclusión de identificar el término “consentimiento” con el concepto de consentimiento mutuo o “acuerdo de arbitraje”. En opinión de Garibaldi se trata de una “falsa analogía” porque la palabra “consentimiento” se utiliza en el Convenio CIADI tanto como “consentimiento individual” como “consentimiento mutuo” y en su criterio, cabe distinguir entre “oferta” y “aceptación”, por un lado

---

ARB/07/27), Decision on Jurisdiction (June 10, 2010), para 75, la cual cita que la misma solución ha sido sostenida por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia en los casos *Electricity Co of Sofia and Bulgaria* (Preliminary objections), PCIJ, Series A/B Nº77 (1989); *Aegean Sea Continental Shelf* (Greece v. Turkey) - 19 December 1978 - ICJ Reports 1978 p. 3; *Fisheries Jurisdiction* (Spain v. Canada) - 4 December 1998 - ICJ Report 1988 p. 432.

19. SCHREUER, Christoph, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press 2001, p. 219, párrafo 304. A pesar de las críticas emitidas en contra de esta posición, el Prof. SCHREUER, la mantiene en la nueva edición de su obra, 2009, que hace junto con MALINTOPPI, Loretta; REINISCH, August and SINCLAIR, Anthony, pp. 1279 y ss.

20. Ídem, p. 1281.

y “contrato” por el otro, porque todos estos términos son diferentes.<sup>21</sup>

Por nuestra parte, tal y como indicaremos más adelante, el consentimiento del Estado, puede configurar en el contexto en que se emite una “oferta irrevocable”.

### **3.2 Oferta firme**

El profesor Gaillard, sin objetar la visión contractual de Schreuer, advierte sobre el sentido particular que se le debe dar a la palabra “consentimiento” contenida en el artículo 72 y afirma que, independientemente de la denuncia del Convenio CIADI, la posibilidad de acudir a la jurisdicción del Centro dependerá de la terminología utilizada en “la cláusula arbitral” contenida en el respectivo TBI.<sup>22</sup>

Mantilla-Serrano, en la misma línea de pensamiento de Gaillard, sostiene que el artículo 72 del Convenio CIADI no se refiere a “consentimiento mutuo” sino al consentimiento unilateral, pero señala que las nociones contractuales de oferta y aceptación y el artículo 25 del Convenio no deberían entrar en juego, en virtud de que la vigencia de la Convención, luego de su denuncia, está totalmente regulada en el artículo 72.<sup>23</sup>

### **3.3 Obligación internacional derivada de un acto unilateral del Estado**

Luego del artículo del Profesor GAILLARD, los autores NOLAN y SOURGENS se pronuncian en el sentido de que el consentimiento-

21. GARIBALDI, Oscar, *On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy*, TDM, March 2009, Vol. 6, # 01.

22. GAILLARD, Emmanuel, *The Denunciation of the ICSID Convention*, N.Y.L.J., 26 JUNE 2007, VOLUME 237-Nº 122.

23. MANTILLA SERRANO, Fernando; La denuncia de la Convención de Washington, ¿Impide el recurso al CIADI? Revista Peruana de Arbitraje Nº 6, 2008, p. 214.

to del Estado manifestado bien en un TBI o en su legislación debe ser considerado no como una simple oferta de arbitraje, ni siquiera como una *oferta firme*, sino como una "obligación internacional independiente".<sup>24</sup>

Similar postura había asumido en el pasado el Profesor HIRSCH, quien sostuvo que conforme con el derecho internacional público, el cual se aplica a las legislaciones internas de los Estados, el consentimiento unilateral del Estado al arbitraje CIADI puede ser equiparado a un *acto unilateral irrevocable* conforme al derecho internacional y a la doctrina del *estoppel*.<sup>25</sup> Esta teoría se inspira en el principio general reconocido por la Comisión de Derecho Internacional conforme al cual una declaración unilateral, generadora de obligaciones jurídicas para el Estado que hace la declaración, no puede ser revocada arbitrariamente.<sup>26</sup>

En apoyo de esta tesis se invocan las referencias hechas en las decisiones en los casos *SPP v. Egipto*,<sup>27</sup> *Amco v. Indonesia*,<sup>28</sup> el voto disidente en *Siag & Vecchi v. Egipto*,<sup>29</sup> así como la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nuclear Test*.<sup>30</sup> Últimamente algunos autores han respaldado esta tesis,<sup>31</sup> mientras que otros la han criticado.<sup>32</sup>

24. NOLAN, Michael AND SOURGENS, F.G., "The Interplay Between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study", EN: TDM, Provisional Issue, September 2007.
25. HIRSCH, Moshe. *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1993, pp. 53 y 54.
26. Informe del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones, Ginebra, 1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006, párrafo 4.
27. *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/84/3)*.
28. *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/81/1)*.
29. *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/05/15)*.
30. *Case Concerning Nuclear Test. Australia v. France, Judgment of December 20, 1974, ICJ, Rep.1974*.
31. TEJERA, Victorino. "Do Municipal Investment Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate? The Venezuelan Investment Law: A Case Study". En: *Investment Treaty Arbitration and International Law*. Ian A. Laird and Todd J. Weiler Editors, JurisNet, LLC, New York, 2009, pp. 109 y ss.
32. SUAREZ ANZORENA, Ignacio. "Consent to Arbitration in Foreign Investment Laws". *Investment Treaty Arbitration and International Law*. Ian A. Laird and Todd J. Weiler Editors, JurisNet, LLC, New York, 2009, pp. 78-79. Este autor considera que la existencia y alcance del consentimiento al

En la reciente decisión sobre jurisdicción en el caso *Mobil v. Venezuela* el Tribunal se inclina por la tesis del "acto unilateral del Estado", cuando el supuesto consentimiento está contenido en una legislación nacional.<sup>33</sup>

Desde nuestro punto de vista, la tesis del acto unilateral merita algunos comentarios adicionales ya que, como puede observarse, en el campo internacional el concepto de acto unilateral no tiene un sentido unívoco. Sólo una concepción *amplia* de los actos unilaterales comprende también aquellos actos del Estado vinculados a una prescripción convencional o consuetudinaria, como lo serían la ratificación de un tratado internacional o la aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia.<sup>34</sup> Sin embargo, estos casos que aparentan ser muy similares al de la oferta de arbitraje, presentan una importante diferencia. En los casos de ratificación de un tratado internacional, o en los casos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, es el propio Estado el que determina soberanamente el momento en que se perfecciona su carácter de miembro o parte de un tratado, o el momento y las condiciones en que queda sometido a la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia. Mientras que en la oferta de arbitraje el perfeccionamiento del acuerdo queda condicionado a un ulterior y adicional acto que es de la entera discreción del inversionista y no del Estado.

Por más tentadora que resulta la tesis del acto unilateral, mal se puede olvidar que en *stricto sensu*, los actos que se inscriben en un proceso jurídico bilateral o multilateral y tienen por

arbitraje de inversión contenido en una ley de inversiones sólo puede ser determinado de conformidad con las normas domésticas y considera una falacia darle un tratamiento de obligación internacional a una ley. Véase igualmente "Do Municipal Investment Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate?" *Ídem*, p. 125.

33. *Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/27), Decision on Jurisdiction (June 10, 2010), paras. 83-85.

34. Véase artículo 36 del Estatuto de la CIdJ: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>

finalidad última dar nacimiento a un acto que no es unilateral, están más cerca de la naturaleza *convencional*, puesto que su función esencial desborda el marco unilateral en que nacen,<sup>35</sup> es decir, trascienden del plano puramente unilateral al marco convencional. Por esta razón el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, encargado de regular el sentido y alcance en el Derecho Internacional de los Actos Unilaterales de los Estados, optó por excluir este tipo de actos de la referida regulación.<sup>36</sup>

#### 4. NATURALEZA, SENTIDO Y ALCANCE DEL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO

##### 4.1 Autonomía e independencia del acuerdo de arbitraje:

Hasta ahora en los arbitrajes de inversión, poca importancia se le ha dado al principio de autonomía e independencia del acuerdo de arbitraje reconocido universalmente en los arbitra-

35. En este sentido, el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas cita como ejemplos de actos unilaterales que se podrían ubicar dentro de la esfera convencional, y por tanto excluidos del estudio en cuestión, los siguientes: a) los actos vinculados al derecho de los tratados, b) aquellos relacionados con la formación de la costumbre; c) los actos que constituyen el ejercicio de un poder acordado por una disposición de un tratado o por una regla de derecho consuetudinario; d) los actos de alcance interno que no tienen efectos en el ámbito internacional; e) los que forman parte de una relación convencional, como la oferta y la aceptación; f) los relativos a la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, según lo establecido en el Artículo 36 de su Estatuto; g) los de origen convencional pero que resultan formalmente unilaterales en relación con terceros Estados; h) los formulados en relación con un proceso ante un órgano jurisdiccional internacional y aquellos que pueden permitir a un Estado invocar el estoppel en un proceso (NACIONES UNIDAS: A/CN.4/486, *Primer informe sobre los actos unilaterales del Estado*, p. 19. La versión en castellano se encuentra disponible en <http://untreaty.un.org/ilc/sessions/50/50docs.htm>.

Véase también BONDIA GARCÍA, David. *Régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2005.

36. Así se decidió en el 57º período de sesiones. Véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, [http://untreaty.un.org/ilc/summaries/9\\_9.htm#\\_ftnref27](http://untreaty.un.org/ilc/summaries/9_9.htm#_ftnref27). Asimismo, Suplemento N° 10 (A/60/10), párrafo 293, que puede ser consultado en inglés en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/521/69/PDF/N0552169.pdf?OpenElement>. Asimismo, Informe del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones, Ginebra, 1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006, párrafo 4. ) [http://untreaty.un.org/ilc/summaries/9\\_9.htm](http://untreaty.un.org/ilc/summaries/9_9.htm)

jes comerciales. Por más diferencias que existan entre el arbitraje comercial y el arbitraje de inversión, ambos tipos de arbitraje parten de un mismo requisito: la existencia de un acuerdo de arbitraje. Por ende, no encontramos razón alguna para excluir en el arbitraje de inversiones el principio de independencia del acuerdo de arbitraje. Por el contrario, consideramos que el principio de autonomía e independencia debe ser aplicado no sólo cuando exista un contrato (de inversiones) que contenga la cláusula arbitral, sino también frente al tratado o la ley que contiene el consentimiento del Estado.

Ciertamente el Convenio CIADI utiliza el término consentimiento no sólo en sentido unilateral sino también en el sentido de "acuerdo de voluntades". Ello no configura mayor novedad, pues es bien conocido que para la época de la Convención (1965) todavía no se había elaborado la Ley Modelo UNCITRAL que acuñó la expresión "acuerdo de arbitraje". Desde que entró en vigencia en 1966 el Convenio CIADI, es mucho el camino que se ha avanzado para superar las dificultades que en su época generaban los conceptos de *cláusula compromisoria* y formalización del *compromiso arbitral*. El Convenio CIADI sabiamente en su momento se apartó de esos términos y se limitó a hacer uso del vocablo "consentimiento", tanto en sentido mutuo como en sentido individual.

Ahora bien, el hecho de que existan disposiciones del Convenio CIADI que se refieran al consentimiento individual no altera la naturaleza contractual del acuerdo arbitral. Como bien señala el Profesor Schreuer: "*Como cualquier otra forma de arbitraje, el arbitraje de inversión siempre está basado en un acuerdo.*"<sup>37</sup> ... "*Una disposición legal que contiene el consentimiento al arbitraje es simplemente una oferta del Estado a los inversionistas. Para perfeccionar el acuerdo de arbitraje la oferta debe ser aceptada por el inversionista*".<sup>38</sup>

37. SCHREUER, Christoph H. "Consent to arbitration". En: TDM Volume 2, issue # 05 - November 2005, y actualizado en febrero de 2007, p. 1. Traducción libre del inglés.

38. Ídem, p. 5.

La generalidad de los autores que han estudiado la naturaleza jurídica del *arbitraje*, incluso aquéllos que se han inclinado por la tesis jurisdiccional, admite que el acuerdo de arbitraje es de naturaleza contractual. En realidad la naturaleza contractual de la *cláusula arbitral* nunca ha sido un tema polémico.<sup>39</sup> Lo que por largas décadas ha generado grandes discusiones en la doctrina, sin que hasta la fecha haya consenso, es lo relativo a la naturaleza del propio proceso de *arbitraje*.<sup>40</sup>

En conexión con lo anterior, cabe agregar que el principio de *independencia y autonomía* del acuerdo de arbitraje ha sido reconocido universalmente por todas las legislaciones modernas que siguen la Ley Modelo UNCITRAL.<sup>41</sup>

Consideramos que así como el acuerdo de arbitraje es autónomo del contrato principal que puede estar contenido en el mismo documento, también es autónomo el consentimiento al arbitraje contenido en un tratado o en una ley. Conforme a este principio, la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley o de un TBI por parte de los tribunales domésticos no afectaría en principio la oferta de arbitraje contenida en dichos instrumentos.

39. SILVA ROMERO, Eduardo. *El Contrato de Arbitraje*. Legis. Colombia, 2005.

40. En la actualidad todavía subsisten las mismas tres tesis discutidas en el pasado: la posición contractualista, la posición jurisdiccional y por último, la ecléctica o autónoma. Por nuestra parte, hemos sostenido que la postura (contractual o jurisdiccional) que se adopte frente a la antigua polémica de la naturaleza del arbitraje está estrechamente vinculada con el criterio que se tenga respecto a si la "coacción" es o no un elemento constitutivo del concepto de "jurisdicción". Cfr. MEZGRAVIS, Andrés; *El amparo constitucional y el arbitraje*. Revista de Derecho Administrativo N° 6, Edit. Sherwood, Caracas, 1999, p. 259. Para un análisis de las diferentes teorías y sus exponentes véase ROCA MARTÍNEZ, José María: *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*. Editor, S.A. J.M. Bosch. Barcelona, 1992, pp. 37-40. Igualmente OPPETIT, Bruno; *Teoría del arbitraje*, traducción dirigida por Eduardo SILVA ROMERO. Legis. Colombia 2006, pp. 162 y ss.

41. Art. 16 de la Ley Modelo y 21 numeral 2° del Reglamento. Igualmente lo consagran, entre otras muchas legislaciones, la de Suiza, Alemania, Italia, Holanda, España, Brasil, Colombia, Costa Rica, México, Perú, Venezuela. El principio de autonomía es un desarrollo doctrinario y jurisprudencial que señala que en un mismo documento pueden coexistir dos contratos, el principal y el de arbitraje. Ha sido reiteradamente reconocido por la jurisprudencia estadounidense y francesa. CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. "Autonomía del Contrato de Arbitraje". En: *El Contrato de Arbitraje*, Eduardo Silva Romero, Director Académico y Fabricio Mantilla Espinosa. Legis. Colombia, 2005, pp. 81 y ss, quien reconoce que la autonomía es un principio de derecho comercial internacional. Asimismo, para un análisis de la autonomía del acuerdo de arbitraje en relación con una ley estatal, véase LARROUMET, Christian. "A propósito de la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje en material internacional y de su autonomía". En: *El Contrato de Arbitraje*. Ob. cit., pp. 13 y ss.

Como bien apunta SILVA ROMERO, “si el pacto arbitral no fuera autónomo, el estudio independiente de un contrato de arbitraje no tendría, en materia jurídica, ningún sentido”.<sup>42</sup>

#### 4.2 La documentación del consentimiento

Actualmente, la vasta mayoría de los arbitrajes de inversión está basada no en una cláusula arbitral ordinaria inserta en un contrato de inversiones suscrito directamente entre el Estado y el inversor, sino en el consentimiento otorgado de manera indirecta y muchas veces sin el contacto directo de las partes antes del inicio del proceso arbitral. Pero aun en estos casos el resultado final es también un acuerdo de arbitraje.<sup>43</sup>

La documentación del consentimiento, aunque importante para determinar la verdadera *intención* de las partes, no modifica su naturaleza contractual ni su independencia y, por tanto, tampoco debería modificar las reglas de interpretación contractual aplicables. La documentación del acto mal puede desplazar a un segundo plano la declaración de voluntad que precisamente se quiere interpretar. Por tanto, no luce acertado sostener que cuando el consentimiento está contenido en un tratado resultan aplicables los principios de interpretación de los tratados.

Resulta interesante destacar que cuando la doctrina se refiere al consentimiento del Estado expresado en un TBI lo califica como un consentimiento “*unilateral*”, contenido en un “*tratado*” y por tanto se afirma que pareciera obvia la aplicación de las reglas de interpretación de éstos.<sup>44</sup> Sin embargo, esta calificación

42. SILVA ROMERO, Eduardo. “La Formación del Contrato de Arbitraje”. En: *El Contrato de Arbitraje*. Eduardo Silva Romero, Director Académico y Fabricio Mantilla Espinosa. Legis. Colombia, 2005, p. 77.

43. SCHREUER, with MALINTOPPI; REINISCH and SINCLAIR, Ob. cit., párrafo 378, p. 191.

44. SCHREUER, with MALINTOPPI; REINISCH and SINCLAIR, Ob. cit., párrafo 579, p. 249. Véase también *Fedax v. Venezuela*, Decisión sobre Jurisdicción del 11 de Julio de 1997, párrafo 20. Igualmente *Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/27), Decision on Jurisdiction (June 10, 2010), para. 83.

merece ciertas precisiones para evitar confusiones. En efecto, por definición un TBI es un "Tratado bilateral", o sea, es producto del consentimiento de dos Estados. Cada uno de esos Estados ofrece a los nacionales del otro su consentimiento al arbitraje internacional. De manera que cuando se le califica de consentimiento *unilateral o individual* no es porque ese tratado contenga únicamente el consentimiento de un Estado. Es obvio que dicho tratado bilateral contiene el consentimiento de ambos Estados parte. De allí que se le califica de "unilateral," no porque aún esté pendiente el consentimiento de uno de los Estados, sino porque aún está pendiente el consentimiento del beneficiario de la oferta, es decir, la voluntad del inversionista nacional del otro Estado parte del tratado. Mientras está pendiente esa aceptación resulta apropiado y preciso hablar de "consentimiento unilateral del Estado", pero cuando la disputa ya se encuentra registrada ante el CIADI, es de suponer que el inversor, con el inicio de dicho proceso arbitral, aceptó la oferta de arbitraje y, al menos *prima facie*, se está en presencia no ya de una oferta unilateral, sino de un acuerdo de arbitraje que contiene ambos consentimientos.<sup>45</sup> Dicho de otra forma, si la disputa ha sido registrada y sometida a un Tribunal CIADI es porque se está aceptando *prima facie* que existe no un consentimiento (el del Estado), sino dos: el del Estado y el del inversor. El acuerdo de arbitraje, aunque se ha formado de manera progresiva, contiene ambas declaraciones de voluntad. Los Tribunales CIADI sólo pueden interpretar las ofertas unilaterales de los Estados cuando han sido previamente aceptadas por los inversionistas.

45. Generalmente el inversor manifiesta su aceptación a través de una carta (trigger letter) que envía al gobierno en cuestión antes de presentar la solicitud de arbitraje. No obstante, se admite de manera pacífica que la manifestación del consentimiento del inversionista o aceptación de la oferta abierta de arbitraje se realice en la propia solicitud de arbitraje. Al respecto, véase *Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/94/2), *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, p. 187. Asimismo, ESCOBAR, Alejandro A. "Los sistemas de arbitraje del CIADI", *La solución de Controversias en el Hemisferio*, Cámara de Comercio de Bogotá, Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 291. A. R. PARRA, *Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment*, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 12 (1997) p. 287. SCHREUER, *Ob. cit.*, p. 206 y ss. REED, Lucy, PAULSSON, Jan and BLACKABY, Nigel. EN. *Guide to ICSID Arbitration*, p. 38, y MEZGRAVIS; "Las inversiones petroleras...". *Ob. cit.*, pp. 395 y ss.

Por tanto, no pareciera correcto afirmar que el acuerdo arbitral Estado-inversor que deriva de un TBI tiene que ser interpretado conforme a las reglas de interpretación de los tratados. No creemos que el acuerdo de arbitraje en cuestión tenga naturaleza de *tratado internacional*, puesto que el Estado no celebra dicho acuerdo de arbitraje con otro Estado, sino con el inversor del otro Estado contratante del tratado. Y aún en el caso de los acuerdos de arbitraje entre Estados para resolver las disputas derivadas de la interpretación o aplicación del respectivo tratado del que son partes contratantes resulta cuestionable no distinguir la independencia, autonomía y naturaleza contractual de dicho acuerdo de arbitraje del tratado que lo contiene parcialmente.

Poca relevancia se le ha dado a la esencial diferencia que existe entre la autonomía consensual en la esfera del contrato de arbitraje Estado-inversionista, de un lado, y la autonomía colectiva (Estado-Estado) manifestada en los tratados que celebran o a los que posteriormente se adhieren los Estados. El acuerdo de arbitraje es, como todo contrato, fuente de obligaciones,<sup>46</sup> mientras que los tratados son fuente de normas jurídicas internacionales.<sup>47</sup> El acuerdo de arbitraje genera obligaciones entre las partes que lo suscriben, o sea, entre el Estado por un lado y el inversionista por el otro. Por su parte, la norma que establece que un Estado ofrece arbitraje internacional a los inversionistas del otro Estado genera obligaciones internacionales paritarias entre los Estados miembros del respectivo tratado. Como puede observarse, se trata de dos fuentes distintas de obligaciones: la del tratado, generadora de obligaciones Estado-Estado, y la del acuerdo de arbitraje, que genera obligaciones Estado-inversionista.<sup>48</sup>

46. Entre las que destacan una "obligación de hacer": someter la controversia al arbitraje, y una "obligación de no hacer": no someter la controversia a los tribunales estatales.

47. BETTI, Ob. cit., p. 391.

48. Tan distintas son las obligaciones Estado-Inversionista y Estado-Estado que la generalidad de los TBIs contiene cláusulas de resolución de disputas entre los propios Estados. A diferencia del acuerdo de arbitraje que, como hemos indicado tiene naturaleza contractual, el tratado internacional, en cambio, presenta una estructura híbrida con su doble momento convencional y normativo. Es por ello que frente al tratado surge la exigencia de un doble tratamiento interpretativo que responde tanto al proceso genético del tratado como negocio *consensual*, como a su función y eficacia de *norma*

Lo mismo podría decirse de la oferta contenida en la legislación. La voluntad del inversor no interviene en el proceso formativo del acto legislativo conformado por la oferta de arbitraje del Estado. Claro que el asunto se torna más complejo cuando el Estado precisamente sostiene que la manifestación ambigua o contradictoria contenida en una ley doméstica no constituye su consentimiento al arbitraje, y por ende mal puede ser interpretado como si se hubiese perfeccionado un contrato de arbitraje. No obstante, si la disputa ya ha sido registrada ante el CIADI es de suponer que, al menos *prima facie*, se está en presencia, no ya de una declaración unilateral ambigua, sino de un posible acuerdo de arbitraje que contiene tanto el consentimiento del Estado como del inversor. De allí que el perfeccionamiento o no de dicho contrato de arbitraje, al igual que la existencia o no de cualquier contrato internacional, debe ser determinado conforme a los principios internacionales de interpretación contractual.

Lo cierto es que, tanto en los casos de los TBIs como en los casos de las legislaciones nacionales, el acuerdo de voluntades se perfecciona a través de la aceptación de la oferta que hace el inversor y dicho acuerdo, si bien tiene efectos internacionales, no puede ser calificado ni de tratado ni de ley por ser un acto esencialmente convencional, autónomo e independiente de los documentos que los contienen.

Cabe advertir que en estos casos el *tratado y la ley* no son más que la *documentación* parcial del acuerdo de arbitraje. Por documentación se entiende la operación de plasmar o recoger corporalmente en un papel, cinta magnetofónica, etc., las declaraciones de voluntad que forman la esencia del acuerdo.<sup>49</sup> Conforme al artículo 25 del Convenio del CIADI, el único requisito exigido es que el acuerdo de voluntades conste por escrito en un documento o conjunto de documentos. En modo alguno se exige que

*jurídica* reguladora de las relaciones internacionales. "Bajo el aspecto del proceso genético del tratado como negocio consensual aparece justificada la remisión analógica a los criterios que rigen la interpretación de los contratos". BETTI, Ob. cit., pp. 391 y 392.

49. DIEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho Patrimonial I. Introducción Teoría del Contrato. Editorial Civitas, Quinta Edic. Madrid, 1996, pp. 254 y ss.

conste en un tratado o en una ley. De manera que, así como el acuerdo de arbitraje es autónomo e independiente del resto de las cláusulas que conforman el contrato principal, también lo es del tratado y de la ley en que se puede encontrar estipulado parcialmente.

Tampoco altera la naturaleza de contrato de arbitraje el hecho de que uno de esos consentimientos presente ambigüedad y el otro sea manifiestamente claro.<sup>50</sup> Ambos deben ser interpretados bajo un mismo y único contexto: el acuerdo de arbitraje.

Nos luce un tanto anárquico determinar las reglas de interpretación de cada uno de esos actos por separado en función de los documentos públicos o privados que los contienen (tratado, ley, carta de aceptación, inicio del proceso como manifestación tácita de aceptación, revocatoria, etc.). Ello supone diseccionar el acuerdo de arbitraje y aplicar unas reglas de interpretación distintas para cada uno de los consentimientos, como si ambos no fuesen parte de un mismo contexto. Así, por ejemplo, si es un TBI el que contiene el consentimiento "unilateral" del Estado, entonces tendrían que aplicarse las normas de interpretación de los tratados, fundamentalmente contenidos en la Convención de Viena, pero esas mismas reglas no podrían ser aplicadas a la manifestación tácita de aceptación de la oferta por parte del inversor que inicia el arbitraje.<sup>51</sup>

En definitiva, consideramos que los dos consentimientos (del Estado y del inversor) forman parte de un mismo acuerdo y éste en todo su contexto, y no los actos individuales por separado, es el que debe ser objeto de una sola interpretación, puesto que lo fundamental no es la naturaleza del instrumento que

50. Del mismo modo que sería absurdo interpretar aisladamente la cláusula ambigua del resto de las cláusulas de un contrato.

51. Para una distinción entre las reglas de interpretación de los tratados y las leyes, véase BETTI, Emilio. *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*. Editorial Revista de Derecho Privado, traducción de José Luis de los Mozos. Madrid 1975, p. 389 y ss. Igualmente SUAREZ ANZORENA, Ob. cit., pp. 73-74.

contiene la oferta o la aceptación. Lo fundamental, como en todo contrato, son los términos y condiciones de cada una de esas manifestaciones de voluntad.

### 4.3 ¿Falsa analogía contractual?

Es cierto que el acuerdo de arbitraje (consentimiento mutuo) que se ha perfeccionado con el consenso de voluntades mal puede ser confundido con el consentimiento unilateral o individual que todavía aguarda por la respuesta afirmativa del inversor. No obstante, esta distinción en nada altera que cuando se está en presencia de un arbitraje de inversiones, el consentimiento del Estado sea interpretado conforme a los principios contractuales internacionales.

En realidad la aplicación de principios contractuales en la interpretación del acuerdo de arbitraje CIADI no implica la confusión de los conceptos de "contrato de arbitraje", "oferta de arbitraje" y "obligación independiente". Tanto en el campo contractual como en el arbitral, esos conceptos están claramente diferenciados. Un contrato perfeccionado (acuerdo de arbitraje) no puede ser revocado unilateralmente. Una oferta (de arbitraje) no aceptada es revocable, en principio, en cualquier momento antes de su aceptación, pero puede, dependiendo del contexto en que se ha generado (TBIs o leyes de promoción y protección de inversiones), o dependiendo de la confianza o expectativas creadas, configurar para su autor, en este caso el Estado, una obligación internacional irrevocable.<sup>52</sup>

Es nuestra opinión que el Profesor Schreuer no incurre en una "falsa analogía", como algunos sostienen, pues el consentimiento individual del Estado, junto al consentimiento del inversor, están destinados a formar un acuerdo de arbitraje, es

52. NOLAN Y SOURGENS, Ob. cit., son los primeros en defender en este contexto la noción de obligación internacional independiente, pero apartándose de la aplicación de los principios contractuales.

decir, un verdadero contrato. Se trata, por tanto, no de una aplicación analógica sino directa de los criterios que rigen la interpretación contractual en el ámbito internacional.<sup>53</sup>

Otra, en nuestro criterio, es la crítica que puede ser hecha al comentario del Profesor Schreuer, pero esa crítica más bien fortalece la aplicación de principios contractuales en la interpretación del acuerdo de arbitraje en materia de inversiones. En efecto, bajo los principios contractuales internacionales, la oferta que no ha sido aceptada puede ser *irrevocable* en ciertos casos. El caso más obvio es cuando la propia oferta indica un plazo fijo para la aceptación de ésta, o sea, cuando establece expresamente que por cierto tiempo es irrevocable. Otras situaciones, un tanto más complejas y que escapan del análisis realizado por el Profesor Schreuer, serían aquéllas en las que se discute “*si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta*”.<sup>54</sup> La irrevocabilidad de la oferta ha sido contemplada en la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, también conocida como la Convención de Viena sobre compraventa internacional,<sup>55</sup> así como en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos.<sup>56</sup> Igualmente, tanto legislaciones del *Civil Law* como del *Common Law* contemplan estos mis-

53. GARIBALDI pareciera tener una opinión contraria a ésta. GARIBALDI, Oscar. *On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the limits of the Contract analogy*. TDM, Marzo 2009, Vol. 6, # 01.

54. El argumento relativo a que el inversionista pueda aceptar la oferta de arbitraje en cualquier momento, incluso antes de surgir la disputa, no nos luce convincente para sostener la revocabilidad de la oferta. (Vid SCHREUER, with MALINTOPTI ; REINISCH and SINCLAIR, ob. cit., p. 1281, para 7.) Al igual que ocurre en el campo comercial, lo que hace irrevocable a una oferta no es la imposibilidad de aceptarla, sino las expectativas legítimas y confianza suscitadas por la oferta. Difícilmente podría un Estado sostener que una ley de “promoción” y “protección” de inversiones que contiene dicha oferta no tiene por fin generar dichas expectativas y confianza en los inversionistas.

55. “Artículo 16: 1) La oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocatoria llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación. 2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse: a) si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable; o b) si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta”.

56. “Artículo 17. Oferta irrevocable: 1. Una oferta es irrevocable cuando su autor se ha obligado expresamente a mantenerla firme durante cierto lapso, o si, sobre la base de las relaciones precedentes de las partes, las tratativas, el contenido de las cláusulas o la costumbre, razonablemente se le puede reputar tal. ...”

mos principios.<sup>57</sup> De manera que podríamos estar en presencia de principios generales de derecho internacional en materia de contratos. Cabe advertir que esos principios no escapan al campo arbitral, como algunos piensan. Es razonable suponer que la *oferta unilateral de arbitraje* contenida en un TBI que tiene una vigencia de 10 o 15 años no puede ser revocada durante dicho tiempo.<sup>58</sup> También es razonable suponer que un Estado que promulga una ley de inversiones para promocionar y captar inversiones, y con tal fin ofrece a los inversionistas extranjeros arbitraje internacional, mal puede revocar dicha oferta de arbitraje una vez que ha captado las referidas inversiones.

Por tanto, negar que el consentimiento unilateral del Estado configure una oferta de arbitraje, negar que cuando se produce la aceptación de la oferta se produce un acuerdo de arbitraje, o negar que el acuerdo de arbitraje configura un verdadero contrato, nos luce infundado, como también lo es negar toda posibilidad de revocatoria de la oferta de arbitraje que aún no ha sido aceptada. En este sentido, se debe distinguir que una cosa es determinar las obligaciones internacionales generadas por la oferta de arbitraje entre los Estados miembros del tratado que la contiene; otra es la eficacia de su eventual revocatoria antes de su aceptación por parte del inversionista, y otra muy distinta es

57. En este mismo sentido se pronuncian los más reconocidos tratadistas del derecho contractual norteamericano quienes establecen que *una oferta firme solamente necesita constar por escrito, y en virtud de sus términos garantiza que se mantendrá abierta a su aceptación. Por tanto es irrevocable por el tiempo establecido en ella, o si no tiene un tiempo estipulado, por un tiempo razonable.* FARNSWORTH, Alan. *The Law of Contracts*, (1999), p. 183. Según M.D NOLAN Y F.G. SOURGENS, "The Interplay between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study", en: TDM (September 2007), este tratamiento es el que contempla el United States Uniform Commercial Code. En este mismo sentido y en cuanto al derecho español véase DIEZ-PICAZO, Ob. cit., p. 298.

Por otra parte, aunque Venezuela todavía no ha ratificado la referida Convención, el artículo 1.137 del Código Civil venezolano establece una disposición similar: "si el autor de la oferta [El Estado] se ha obligado a mantenerla durante cierto plazo [establecido en el BIT], o si esta obligación [arbitraje] resulta de la naturaleza del negocio [foro neutral promovido para captar las inversiones] la revocación antes de la expiración del plazo [previsto en el TBI o antes del plazo inherente a la inversión realizada] no es obstáculo para la formación del contrato" [de arbitraje]. (Entre paréntesis nuestro).

58. Ello únicamente sería posible si ambos Estados parte del TBI acuerdan modificar su texto y aun así, y por las razones que explicaremos más adelante, consideramos que dicha revocatoria sólo podría ser legítima para los inversionistas que todavía no han realizado sus inversiones, pues para aquellos que las hubiesen realizado conforme a las expectativas legítimas generadas por el respectivo tratado, sería arbitraria a la luz de los principios del derecho internacional.

interpretar y analizar la verdadera existencia o formación del acuerdo de arbitraje cuando se ha registrado un caso ante el CIADI.

## 5. ESTÁNDAR DE INTERPRETACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

A pesar de que resulta reiterada la aplicación preponderante del derecho internacional a asuntos de jurisdicción, pensamos que aún no existe consenso en cuanto a las reglas de interpretación aplicables a los actos que forman el consentimiento. Algunos Tribunales CIADI no han sentido la necesidad de fijar expresamente una posición y los tribunales que lo han hecho, no parecieran tener una solución clara y uniforme.

De manera general se admite que el Estado manifiesta su consentimiento al arbitraje CIADI de tres formas distintas, a saber:

- i) Con la suscripción de un contrato de inversiones entre un ente gubernamental (administración nacional, estatal o municipal, centralizada o descentralizada) y un inversionista, en el cual se incluye una cláusula de arbitraje CIADI;
- ii) Mediante un tratado bilateral o multilateral relativo a la promoción y protección recíproca de inversiones en el que se hace una oferta abierta de arbitraje CIADI y;
- iii) Mediante la oferta abierta de arbitraje CIADI que se hace a través de una ley nacional, generalmente de promoción y protección de inversiones.<sup>59</sup>

Los diferentes tipos de manifestaciones del consentimiento del Estado han generado cierta confusión en cuanto a las *reglas de interpretación* aplicables. Pareciera que la práctica arbitral

59. Una cuarta forma podría ser la oferta de arbitraje que conste en una carta de algún ente gubernamental debidamente autorizado por el respectivo Estado (Art. 25 (3)). Sin embargo, por ser esta modalidad bastante extraña en la práctica, no la incluimos en la clasificación antes indicada.

CIADI varía el énfasis que hace en el derecho internacional dependiendo de si el consentimiento del Estado ha sido expresado en un "tratado", en una "ley" o en un "contrato" de inversiones.<sup>60</sup> Aun cuando pareciera existir cierto consenso en cuanto a que el estándar de interpretación en estos tres escenarios siempre está dentro del marco del artículo 25 y no del artículo 42 del Convenio CIADI, lo cierto es que la poca relevancia que se le ha dado al hecho de que siempre esas tres vías desembocan indistintamente en un acuerdo de arbitraje ha generado una metodología mixta de interpretación.

### 5.1 Reglas de interpretación mixtas

La doctrina y hasta ciertos laudos han señalado que cuando el consentimiento está basado en un TBI pareciera obvia la aplicación del derecho internacional y los principios de interpretación de los *tratados*.<sup>61</sup> Cuando se está en presencia de una ley de inversiones cuya oferta de arbitraje es algo ambigua, ha resultado atractiva para algunos tribunales CIADI la idea de aplicar los principios de interpretación de las *leyes* conforme al derecho doméstico aplicable al fondo de la controversia.<sup>62</sup> Esta tesis también ha encontrado apoyo en algunos autores.<sup>63</sup> No obstante, se advierte que semejante interpretación sólo es válida si dichas leyes no contradicen los principios del derecho internacional.<sup>64</sup>

En el caso *SPP v. Egipto* la jurisdicción se fundamentó en la ley egipcia. El Tribunal rechazó el argumento de Egipto de que el consentimiento debía ser interpretado conforme a los principios de las *leyes egipcias*, así como también el argumento del

60. SCHREUER, with MALINTOPPI; REINISCH and SINCLAIR, Ob. cit., párrafo 585, pp. 250 y 251.

61. Véase supra Nota 48.

62. *Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia (ICSID Case No. ARB/00/1)*, paras. 339-340.

63. SUAREZ ANZORENA sostiene que la existencia del consentimiento del Estado contenido en una ley debe ser interpretada conforme a los principios de interpretación de las leyes del correspondiente Estado y una vez determinada la existencia de dicho consentimiento es que tendrían un rol otros principios como el de la buena fe, estoppel y reglas internacionales. Ob. cit., p. 79.

64. *CSOB v. Slovakia*, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, 5 ICSID Reports 330, para. 35. *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador (ICSID Case No. ARB/03/26)*, para. 263.

inversionista de que el acuerdo de arbitraje debía ser interpretado conforme a las reglas de interpretación de los tratados.<sup>65</sup> El Tribunal concluyó que aplicaría los principios generales de interpretación de las *leyes* tomando en consideración, cuando resultare apropiado, los principios esenciales de interpretación de los *tratados* y los principios del derecho internacional aplicables a la declaración de *actos unilaterales*.<sup>66</sup>

En el caso *Mobil v. Venezuela* el Tribunal hace un resumen muy preciso de las distintas posiciones adoptadas hasta ahora por los Tribunales CIADI:

- (i) En al menos cuatro casos, el asunto no fue resuelto claramente.
- (ii) En *SPP v. Egipto*, el Tribunal decidió aplicar “principios generales de interpretación de la ley” tomando en cuenta tanto “las normas pertinentes de interpretación de los tratados como los principios del derecho internacional aplicable a las declaraciones unilaterales”.
- (iii) En *CSOB v. República Eslovaca*, el Tribunal optó por el derecho internacional sin ninguna reserva.
- (iv) En *Zhinvali v. Georgia*, el Tribunal optó por el derecho interno, “con sujeción en última instancia al derecho internacional”.<sup>67</sup>

Cabe agregar que en el caso *Mobil v. Venezuela*, el Tribunal asume que cuando el consentimiento del Estado está contenido en una ley nacional, se está en presencia de un *acto unilateral* cuya interpretación se rige por el derecho internacional, pero en la cual también se debe tener en cuenta el derecho doméstico para determinar la intención del Estado. También añade que aunque el derecho de los tratados codificado en la Convención de Viena no resulta aplicable a la interpretación de los actos uni-

65. *SPP v. Egypt*, Decision on Jurisdiction II, April 14, 1988, paras. 55-60.

66. *Ibidem*, párrafo 61.

67. *Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/27), Decision on Jurisdiction (June 10, 2010), para. 82.

laterales, las disposiciones de dicha Convención podrían ser aplicables de manera analógica.<sup>68</sup>

Esa singular metodología conduce a la mezcla de principios de interpretación de los tratados con el de las leyes y con los actos unilaterales, aún cuando también se reconoce que *“el consentimiento perfeccionado ni es un tratado ni tampoco es un simple contrato bajo el derecho doméstico, pero sí un acuerdo entre el Estado y el inversor basado en un tratado”*.<sup>69</sup>

## 5.2 Reglas contractuales internacionales:

Como bien se estableció en el caso *Amco v. Indonesia*:

*“Como en cualquier otra convención, el convenio de arbitraje no debe ser interpretado de manera restrictiva, ni tampoco de hecho de manera extensiva o liberal. Debe ser interpretado de una manera que permita descubrir y respetar la intención común de las partes: este método de interpretación no es sino la aplicación del principio fundamental pacta sunt servanda, en efecto, un principio común a todos los sistemas de derecho interno e internacional.*

*Más aún, –y esto nuevamente es un principio general de derecho– cualquier convención, incluyendo los convenios de arbitraje, deben ser interpretados conforme a la buena fe, esto es, tomando en cuenta las consecuencias de los compromisos de las partes que podrían considerarse razonable y legítimamente previsibles”*.<sup>70</sup>

Numerosos laudos han aplicado los principios de interpretación contractual basados en la *buena fe* a los acuerdos de arbitraje en materia de inversiones.<sup>71</sup>

68. Ídem para. 96.

69. Ídem, párrafo 579, p. 249. Traducción libre.

70. *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/81/1)*, para. 14. Traducción libre del inglés.

71. Entre otras, *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal (ICSID Case No. ARB/82/1)*, paras 4.08 y ss. Al respecto véase SCHREUER, with MALINTOPPI, REINISCH and SINCLAIR, Ob. cit., para 587-589, pp. 251 y 252, especialmente nota 802.

Pero hasta ahora nada se ha dicho, por ejemplo, de la aplicación del principio *favor negotii* (pro arbitraje) correspondiente al mantenimiento de la eficacia y validez de los actos jurídicos, o del principio *contra proferentem* de universal aceptación en el campo contractual, según el cual las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien haya redactado la cláusula o declaración.<sup>72</sup> Si el Estado redactó una norma legal ambigua que genera dudas en cuanto a si contiene o no su consentimiento al arbitraje de inversiones, es claro bajo estos principios contractuales que dicha declaración debe ser interpretada en su contra y a favor del arbitraje.

Tan sólo la aplicación del principio *contra proferentem* podría generar conclusiones muy diversas a las que se llegaría, por ejemplo, si se aplican los principios de interpretación de las leyes, en la que se busca la "intención individual" del legislador y no la "intención común" de las partes. En la interpretación de la Ley, además de que no tiene cabida el principio *contra proferentem*, poco importa cómo los particulares o inversionistas entienden la norma legal. En cambio en la interpretación del contrato sí tiene importancia la conducta desplegada por las partes conforme a los principios de la *buena fe*, seguridad y confianza, que comprenden la obligación de enterar a la otra parte de los elementos determinantes de su voluntad. Así por ejemplo, la conducta de un inversionista o grupo de inversionistas que envía al Estado una carta de aceptación de la supuesta oferta de arbitraje, y la conducta del Estado que no objeta esa creencia, deberían ser consideradas bajo las reglas de interpretación contractual como conductas que reflejan conjuntamente la intención de las partes. En el campo de la interpretación de las leyes esas conductas no son siquiera consideradas.

Conclusiones muy diversas también se producirían si se aplica en lugar de las reglas contractuales, el estándar de inter-

72. Cuestión que si ha sido aceptada en el campo del arbitraje comercial. AGUILAR, Fernando. "Los efectos de la cláusula arbitral y su interpretación", en *El Arbitraje en el Perú y en el mundo*, Instituto Peruano de Arbitraje (2008), p. 208. Establece el artículo 40.3 del Anteproyecto del Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavia: "Las cláusulas preparadas por uno de los contratantes que no han sido objeto de tratativas, se interpretan, en caso de duda, contra su autor."

pretación de los actos unilaterales, puesto que estos suelen ser interpretados de manera restrictiva a favor del Estado que emite la declaración que lo compromete.<sup>73</sup>

## 6. LA IRREVOCABILIDAD DE LA OFERTA DE ARBITRAJE COMO CONSECUENCIA DE LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS CREADAS EN LOS INVERSIONISTAS

El carácter vinculante y la naturaleza irrevocable del acuerdo de arbitraje a la jurisdicción del CIADI es manifestación de la máxima *pacta sunt servanda*.<sup>74</sup> Expresamente, el artículo 25 del Convenio CIADI establece que *cuando las partes han dado su consentimiento, ninguna parte puede retirar su consentimiento unilateralmente*.<sup>75</sup>

Ahora bien, para determinar la revocabilidad o irrevocabilidad del consentimiento *unilateral* al arbitraje CIADI expresado por el Estado, se hace necesario precisar ciertos aspectos y circunstancias relativos a la oferta de arbitraje que pueden generar cierta confusión. Por obvio que parezca, se debe tener claro que no es lo mismo interpretar la denuncia del Convenio CIADI, tratado que no implica *per se* consentimiento al arbitraje CIADI,<sup>76</sup> que interpretar la revocatoria de una oferta de arbitraje contenida, bien en un TBI, o en una ley que sí contienen dicho consentimiento del Estado. Asimismo, no es igual interpretar la revocatoria de una oferta de arbitraje hecha en el marco de tratativas privadas a un potencial inversionista determinado, que

73. *Nuclear Tests- New Zealand v. France*- Judgment of 20 December 1974, ICJ Reports 1974 pp. 472-473 § 47; *Armed activities on the territory of the Congo* (New application, 2002), (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), ICJ Reports, 2006, p. 28, §49 and 50). Document A/CN.4/L-703 dated 20 July 2006 – Guiding principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations - § 7.

74. SCHREUER, with MALINTOPPI; REINISCH and SINCLAIR, Ob. cit., párrafos 598-599, pp. 254 y 255.

75. En el caso *Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Jamaica* (ICSID Case No. ARB/74/2), Jamaica argumentó que antes de someterse la demanda al Centro, ya había anunciado, conforme al artículo 25(4) del Convenio, su voluntad de excluir las disputas relacionadas con recursos naturales. El tribunal rechazó esta pretensión de Jamaica en virtud de que para el momento de dicha notificación ya había otorgado el consentimiento al Centro en el contrato de inversiones suscrito entre las partes.

76. Y que además contiene una serie de normas (Arts. 70, 71 y 72) que regulan su denuncia para que ésta sea legítima.

interpretar la revocatoria de una oferta de arbitraje pública que se ha hecho en una ley para “promover” y supuestamente “proteger” inversiones extranjeras en general. A diferencia del caso privado, en el caso de la oferta pública se han podido generar expectativas legítimas en los inversionistas que efectivamente realizaron esas inversiones. De igual modo, habría que distinguir y admitir la posibilidad legítima que tendría un Estado de *retirar* la oferta pública de arbitraje a aquellos destinatarios de la oferta que aún no han realizado sus inversiones en el país, puesto que es de suponer que todavía no han depositado su confianza ni expectativas legítimas conforme a dicha oferta.<sup>77</sup>

De allí que nos parece incorrecto generalizar y sostener que una oferta de arbitraje sólo se hace irrevocable cuando es aceptada. Del mismo modo nos parece incorrecto generalizar y sostener que una oferta de arbitraje hecha por un Estado configura siempre una obligación internacional irrevocable independientemente de que no haya sido aceptada.

Tal y como ocurre en el campo contractual, lo que hace en definitiva revocable o irrevocable al consentimiento unilateral del Estado al arbitraje CIADI es los términos de la propia oferta. Será irrevocable la oferta si ha generado expectativas legítimas en los inversionistas quienes podían razonablemente depositar su confianza y considerar que la oferta era irrevocable una vez realizada su inversión. Una misma revocatoria podría ser arbitraria y, por ende, ineficaz para los inversores que realizaron sus inversiones conforme a una ley de promoción y protección de inversiones que contiene dicha oferta y ser legítima y válida para los *futuros* inversionistas que para el momento de la revocatoria aún no habían realizado sus inversiones. Aún más, una misma revocatoria podría ser arbitraria con relación a las inversiones realizadas por un determinado inversionista antes de la

77. El Convenio de Viena distingue entre retiro (*withdrawal*) y revocatoria (*revocation*). A diferencia de la revocatoria, el retiro se da cuando la oferta todavía no ha llegado a su destinatario, y por ende no ha alcanzado efectividad ni tampoco ha generado una situación jurídica de confianza. Véase DIEZ-PICAZO, Ob. cit., pp. 294 y 295.

revocatoria de la oferta y ser válida para las futuras y nuevas inversiones que realice ese mismo inversionista.

## 6.1 Denuncia del Convenio CIADI

Como antes indicamos,<sup>78</sup> el Convenio CIADI no contiene oferta alguna de arbitraje y su denuncia está expresamente regulada en su texto. De manera que la denuncia *per se* mal puede configurar una revocatoria del consentimiento del Estado al arbitraje CIADI. Las dudas que plantea la denuncia y que han sido objeto de debate se centran en los efectos que causa sobre los TBIs y leyes que contienen ofertas de arbitraje. En este sentido, la mayoría de los autores señala que la denuncia del Convenio CIADI, como legítimo derecho del Estado miembro, no afecta la vigencia de las ofertas contenidas en los TBIs, pues éstos son tratados autónomos e independientes y, como tales, tienen su propia regulación.<sup>79</sup>

Consideramos que lo único que pretende el artículo 72 del Convenio CIADI es precisamente salvaguardar los derechos y obligaciones nacidos con anterioridad a la denuncia. Este principio además está recogido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual establece que la terminación de un tratado no afecta los derechos, obligaciones o situaciones jurídicas creadas antes de su terminación.<sup>80</sup>

78. *Supra* capítulo I.

79. Al respecto véase GAILLARD, Emmanuel. *The Denunciation of the ICSID Convention*, N.Y.L.J., 26 JUNE 2007, VOLUME 237-N° 122. NOLAN Michael AND SOURGENS F.G., "The Interplay Between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study", EN: TDM, Provisional Issue, September 2007. ESCOBAR, Alejandro. "Bolivia Exposes Critical Date Ambiguity", EN: Global Arbitration Review, 17, 2007. MANTILLA SERRANO, Fernando; La denuncia de la Convención de Washington, ¿impide el recurso al CIADI? *Revista Peruana de Arbitraje* N° 6, 2008, p. 211. GARIBALDI, Oscar. *On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy*, TDM, marzo 2009, Vol. 6, # 01. En contra: SCHREUER, with MALINTOPNI, REINISCH and SINCLAIR, *Ob. cit.*, pp. 1279 y ss.

80. Convención de Viena Arts. 70 (1) y 70 (2). Cabe advertir que la Convención de Viena teóricamente no resulta aplicable al Convenio CIADI, porque su artículo 4 establece que sólo se aplica a los tratados celebrados después de su entrada en vigencia. El Convenio CIADI entró en vigencia en 1966 y la Convención de Viena en 1980. Asimismo, cabe advertir que Bolivia, Nicaragua y Venezuela no son miembros de esta Convención. Sin embargo, dicha Convención es reconocida como codificación del Derecho Internacional Consuetudinario.

Cabe precisar que el Convenio CIADI *a priori* no otorga a los inversionistas derecho alguno a la jurisdicción del CIADI, ni tampoco el Estado asume obligación alguna de ofrecer arbitraje internacional a los inversionistas. Es el propio Estado miembro el que *luego* abre esa posibilidad a través de la celebración inmediata y directa, o progresiva e indirecta, del acuerdo de arbitraje.<sup>81</sup>

El acuerdo de voluntades entre el Estado y el inversionista pudiera no estar perfeccionado para la fecha efectiva de la terminación del Convenio CIADI, pero ello no impide que la obligación bilateral de un Estado de ofrecer arbitraje CIADI a los nacionales del otro Estado sea válida y efectiva entre dichos Estados. La vigencia de la obligación bilateral (Estado-Estado), que sí se ha perfeccionado antes de la denuncia del Convenio CIADI, queda amparada por el propio texto del artículo 72, que desvirtúa el carácter accesorio de los TBIs.

De allí que las obligaciones y derechos establecidos en un TBI, asumidos por un Estado frente a otro, y particularmente el ofrecimiento de arbitraje a la jurisdicción del CIADI a los nacionales del otro Estado (terceros beneficiarios), no podrían, en principio y salvo pacto en contrario, verse afectados por el simple hecho de que uno de los Estados miembro de dicho TBI resuelva denunciar otro tratado independiente como lo es el Convenio CIADI.

## 6.2 Denuncia de un TBI

Similar resultado se produciría con un TBI que es denunciado, pues la generalidad de éstos establece que su vigencia se extenderá por un período de 10 o 15 años para las inversiones realizadas antes de la denuncia. De manera que serían los futuros inversionistas los verdaderos afectados por dicha denuncia,

81. Distinta es la situación de los Estados miembros que ciertamente asumen entre sí obligaciones internacionales desde el mismo momento en que ratifican el tratado, bien sea éste bilateral o multilateral.

ya que es de suponer que ninguna expectativa legítima se ha generado en ellos. Ahora bien, una eventual reforma del TBI para revocar la oferta de arbitraje en él contenida, o una declaratoria de inconstitucionalidad del tratado quedaría sujeta a los mismos principios de la revocatoria arbitraria aplicable a las leyes y que a continuación explicamos.

### 6.3 Revocatoria de la oferta de arbitraje contenida en una ley

La oferta de arbitraje es irrevocable aunque no haya una declaración expresa de ello, ni un plazo fijo para la aceptación de ésta, cuando el inversionista podía razonablemente pensar que la oferta era firme y ha confiado en ella para realizar sus inversiones. Como bien señala PAULSSON, "*El respeto por las expectativas legítimas y preestablecidas es un requisito esencial para la sanidad de las relaciones internacionales*".<sup>82</sup>

El principio de confianza legítima es considerado modernamente como uno de los principios no sólo del derecho internacional sino también de la actividad administrativa que obliga a la Administración Pública a actuar con base a la *buena fe* en un marco de seguridad jurídica y a cumplir con las legítimas expectativas que genera en los administrados con su actuación.<sup>83</sup> El principio de la buena fe no sólo es el fundamento de los principios de los actos propios y el *estoppel*, sino también de las reglas universales de la interpretación e integración de los contratos, las cuales establecen la irrevocabilidad de la oferta en los casos antes aludidos.

82. PAULSSON, Jan. "El poder de los Estados para hacer promesas significativas a los extranjeros". En: TDM, September 2008, p. 21.

83. En este sentido, véase RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. *El Principio de Confianza Legítima o Expectativa Plausible en el Derecho Venezolano*. Editorial Ex Libris. Caracas. 2002. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. "El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo", 2ª Edición. Editorial Civitas. Madrid. 1989. Asimismo, GARCÍA LUENGO, Javier. *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*. Editorial Civitas. Madrid. 2002.

En definitiva, la revocatoria del consentimiento unilateral del Estado se produce de manera arbitraria y, por ende, resulta ineficaz cuando ese ofrecimiento generó en los inversionistas una confianza legítima para realizar sus inversiones. Difícilmente puede un Estado sostener que una ley que tiene por finalidad *promover* la captación de inversiones extranjeras y brindar a éstas *protección* mediante el ofrecimiento del arbitraje internacional, no generó expectativas legítimas en los inversionistas extranjeros que efectivamente realizaron sus inversiones antes de la revocatoria de dicha oferta.

De allí que sostenemos que la pretendida revocatoria de la oferta de arbitraje contenida en el artículo 22 de la Ley de Inversiones venezolana a través de la referida sentencia N° 1541 del Tribunal Supremo de Justicia es claramente arbitraria e ineficaz para todos aquellos inversionistas que antes de la publicación de dicha sentencia realizaron sus inversiones en Venezuela. Para las inversiones que se realizan con *posterioridad* a la publicación de dicha sentencia, el asunto se hace mucho más complicado y discutible. A favor de la *ineficacia* de la revocatoria en estos casos gravitan dos razones de peso: i) el artículo 22 no ha sido derogado, y ii) la interpretación realizada por el Tribunal Supremo de Justicia venezolano no es vinculante para los tribunales del CIADI, tal y como la propia sentencia lo reconoce. No obstante, a favor de la *eficacia* de la revocatoria para los nuevos inversionistas destaca el hecho de que ciertamente le resultará más difícil a éstos demostrar la *confianza* generada por esa norma luego de la publicación en Gaceta Oficial de la referida interpretación por parte del Tribunal Supremo de Justicia<sup>84</sup> y de la publicación del laudo en el caso *Mobil v. Venezuela*.

Claro está que si los sucesivos laudos arbitrales del CIADI se pronuncian a favor de la tesis de que el artículo 22 contiene efectivamente una oferta de arbitraje, el asunto se vuelve a revertir.

84. Esta decisión fue publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.055 del 10 de noviembre de 2008.

## 7. CONCLUSIONES

- 1.- Ni la doctrina ni las decisiones de los Tribunales CIADI han sido uniformes en cuanto al estándar de interpretación del consentimiento al arbitraje de inversiones.
- 2.- Poca importancia se le ha dado al hecho de que en los arbitrajes de inversiones, el acuerdo de arbitraje también configura un *contrato* que es autónomo e independiente del instrumento que lo contiene total o parcialmente.
- 3.- No nos luce acertado sostener que cuando el consentimiento del Estado está contenido en un tratado "*pareciera obvia la aplicación de los principios de interpretación de los tratados,*" y cuando está contenido en una ley nacional, resultan aplicables las reglas de interpretación de los actos unilaterales o las reglas de interpretación de las leyes. En todos los casos se está en presencia de un contrato de arbitraje o de un posible contrato de arbitraje, independiente y autónomo del documento que contiene dicho consentimiento.
- 4.- La manifestación o documentación del consentimiento unilateral del Estado en un tratado, en una ley o incluso en un instrumento privado no altera su naturaleza de acto jurídico que incorpora una manifestación de voluntad destinada a formar un acuerdo de arbitraje. La documentación del acto mal puede ser confundida con el acto en sí.
- 5.- Cuando la disputa ya se encuentra registrada ante el CIADI es de suponer que el inversor aceptó la oferta de arbitraje y al menos *prima facie* se está en presencia no ya de una oferta unilateral, sino de un acuerdo de arbitraje que contiene ambos consentimientos. Los Tribunales CIADI mal pueden interpretar aisladamente

los actos u ofertas unilaterales de los Estados. Sólo pueden interpretar éstos cuando han sido previamente aceptados por los inversionistas.

- 6.- La aplicación de reglas o principios internacionales de interpretación de los contratos como estándar de interpretación del consentimiento en el arbitraje de inversiones tiene trascendentales consecuencias. Aplicar el principio *contra proferentem* a las manifestaciones ambiguas de los Estados podría generar conclusiones muy diversas a las que se llegaría, por ejemplo, si se aplican los principios de interpretación de las leyes, tratados o las reglas de interpretación de los actos unilaterales.
- 7.- Consideramos incorrecto generalizar y sostener que una oferta de arbitraje sólo se hace irrevocable cuando es aceptada. Del mismo modo nos parece incorrecto generalizar y sostener que una oferta de arbitraje hecha por un Estado configura siempre una obligación internacional irrevocable independientemente de que no haya sido aceptada. Tal y como ocurre en el campo contractual, lo que hace en definitiva revocable o irrevocable al consentimiento unilateral del Estado al arbitraje CIADI es las expectativas legítimas creadas en los inversionistas por los términos de la propia oferta. En consecuencia, una misma revocatoria podría ser arbitraria y por ende ineficaz para los inversores que realizaron sus inversiones conforme a una ley de promoción y protección de inversiones que contiene dicha oferta, y ser legítima y válida para los *futuros* inversionistas que para el momento de la revocatoria aún no habían realizado sus inversiones.
- 8.- Pareciera que las denuncias del Convenio CIADI por parte de los gobiernos de Bolivia y Ecuador, así como la eventual revocatoria de la oferta de arbitraje contenida en la Ley de Inversiones de Venezuela, y las eventuales denuncias de los TBIs celebrados por dichos

Estados, no evitarán que en los próximos 10 o 15 años, como mínimo, se sigan registrando demandas ante el CIADI en su contra. Y es que las expectativas legítimas sembradas de manera libre y soberana mal pueden desaparecer de un día para otro por un cambio de políticas económicas del gobierno de turno.

